

Masteravhandling i rettsvitenskap

Problemstilling: Barnerett - Foreldreansvar etter dødsfall.

1. Innledning

2. Historikk

2.1 Presentasjon av tidligere rett

2.2 Endringslov 13.juni 1997 nr.39

2.3 Endringslov 7.april 2006 nr. 6

3. Lovens utgangspunkter

3.1. Foreldreansvar for gjenlevende når den ene forelderen dør

3.1.1. Innledning

3.1.2 Presentasjon og vurdering av § 38 første ledd - begge foreldrene har foreldreansvar.

3.1.3 Presentasjon og vurdering av § 38 annet ledd - bare en av foreldrene har foreldreansvar.

3.2 Foreldreansvaret for barnet når begge foreldrene er døde

3.3 Flere ønsker foreldreansvaret

3.4 Behandlingen av krav om foreldreansvar etter dødsfall

3.5 Rettsvirkninger av avgjørelse om foreldreansvaret

4. Innholdet i avgjørelsen

4.1 Generelt

4.2 Barnets beste

4.2.1 Utgangspunktet om barnets beste, § 48 første ledd

4.2.2. § 48 annet ledd

4.2.3 Nærmere om innholdet av barnets beste.

4.3 Barnets selvbestemmelsesrett

4.4 Det biologiske prinsipp

4.5 Minimumskravet i § 63

4.6 Momenter vektlagt i rettspraksis

4.6.1. Generelt

4.6.2 Barnets beste

4.6.3 Barnets ønsker

4.6.4 Barnets sosiale forelder

4.6.5 Risiko ved miljøskifte

4.6.6 Andre hensyn

4.6.7 Delt foreldreansvar

4.7 Nærmere om situasjonen der flere krever foreldreansvaret

5. Sitasjonen der den ene forelderen har forvoldt den andres død

6. Avsluttende vurderinger

6.1 De lege ferenda betraktninger

6.2 Noe om fremtiden

1. Innledning

Når en eller begge foreldrene til et barn dør oppstår spørsmålet om hva som skal skje med barnet. For det første blir spørsmålet hvem som skal ha foreldreansvaret for barnet. For det andre blir spørsmålet hvor barnet skal bo, og hvem som dermed får det daglige omsorgen for barnet. For å kartlegge dette må man ta utgangspunkt i de konkrete tilfellene. Enten angir loven hvem som i det aktuelle tilfellet skal ha foreldreansvaret, ellers må retten avgjøre dette enten ved midlertidig eller endelig avgjørelse. Som utgangspunkt får alle samboende og gifte foreldre automatisk foreldreansvar for biologiske barn allerede ved fødselen, jfr. § 34 og § 35 annet ledd. Loven regulerer både hva som skjer med barnet dersom en gjenlevende forelder var del i foreldreansvar, og dersom denne ikke var det. Jeg vil i denne oppgaven foreta en gjennomgang, og videre en drøftelse, av den rettslige reguleringen av dette. Lov om foreldre og barn av 8. april 1981 Nr.7.(heretter forkortet Bl.) § 38, jfr. § 63 regulerer særtilfellet der en eller begge foreldrene til et barn dør. Som grunnlag for denne fremstillingen er også øvrig relevant kildemateriale benyttet. Bestemmelser i barneloven som er med å regulere foreldreansvar (bla bl. § 34), det overordnede hensynet til barnets beste (§ 48), samt lovens forarbeider (særlig etter lovendring). Av relevant høyesterettspraksis er både dommer vedrørende foreldreansvar direkte, og annen rettspraksis etter barneloven benyttet for å belyse de ulike problemstillingene. Teori er benyttet i vidt omfang, hovedsakelig for å belyse de ulike problemstillingene som er presentert.

Regleverket om foreldreansvar etter dødsfall har de senere år gjennomgått store endringer. Først og fremst har endringene kommet i kjølvannet av konkrete saker der lovens ordning har vist seg kritikkverdig eller utilstrekkelig. Lovgiver har særlig ønsket å styrke gjenlevendes posisjon der en av foreldrene dør, ved å gjøre det enklere for vedkommende å få eller beholde foreldreansvaret. Lovendringene kan til dels sees i sammenheng med endringer i samfunnsstrukturen. Siden 1981 har en gradvis endring av samlivet funnet sted. Dette har blant annet medført at flere par enn tidligere lever i samboerskap, og at flere barn blir født utenfor ekteskap. I tillegg har det foregått en utvikling i retning av å skape stadig større likestilling mellom kjønnene, således også likestilling mellom far og mor. Endringene må også sees i sammenheng med fokuset på styrkingen av barns rettigheter gjennom inkorporeringen av FN's barnekonvensjon. Denne har i stor grad vært med på å sette fokus på barns rettigheter, særlig når det kommer til styrking av saksbehandlingsreglene. En presentasjon av tidligere rett og en analyse av hva som førte til lovendringene vil bli gjennomgått i punkt 2.

Avgjørelsen av hvem som skal få foreldreansvaret etter § 38, jfr. 63 er en viktig avklaring for både barnet og de som eventuelt ønsker den daglige omsorgen for barnet. Det å få foreldreansvaret, innebærer at vedkommende får en rekke plikter og en rett til å treffe avgjørelser for barnet i personlige forhold. Men det viktigste, og det som oftest er motivasjonen bak å få foreldreansvaret, er at det som utgangspunkt medfører at man får rett til å ha den daglige omsorgen for barnet, og dermed rett til å ha barnet boende hos seg. Det er også mulig å ha del i det formelle foreldreansvaret uten å ha den daglige omsorgen, dersom flere deler foreldreansvaret.

Etter reglene i § 38 kan biologiske gjenlevende forelder i to alternative nærmere angitte situasjoner direkte få foreldreansvaret alene. Loven skiller for det første mellom der foreldrene har og ikke har foreldreansvaret sammen. Der den gjenlevende forelder hadde del i foreldreansvaret før den andre forelder døde, får vedkommende foreldreansvaret alene. Dette innebærer at vedkommende også får rett til å ha barnet boende hos seg.

Dersom gjenlevende forelder ikke hadde del i det formelle foreldreansvaret kan vedkommende allikevel, i visse tilfeller, få foreldreansvaret automatisk overført til seg. Etter vilkåret i § 38 annet ledd blir spørsmålet da om vedkommende bodde sammen med barnet og den andre forelder før dødsfallet. Til tross for at kun den avdøde hadde foreldreansvaret, vil her gjenlevende forelder automatisk få foreldreansvaret for barnet. Dette alternativet er i praksis mindre aktuelt nå enn før ettersom lovendring har gitt samboende like rettigheter som gifte i spørsmålet om hvem som har foreldreansvaret sammen, jfr. punkt 3.1.3

Unntaket fra automatikken i overføring av foreldreansvar til gjenlevende biologiske forelder, er dersom gjenlevende forelder er tiltalt eller siktet for å ha forvoldt den andre foreldres død. Dette spesialtilfellet gjennomgås i punkt 5. I alle andre tilfeller som verken kommer inn under vilkårene i første eller annet ledd må vedkommende reise sak om krav om foreldreansvar etter § 63. Det vil gjelde situasjoner der flere enn gjenlevende forelder ønsker foreldreansvar, der begge foreldrene er døde eller der biologiske forelder ønsker foreldreansvaret uten å oppfylle kravene i § 38 første eller annet ledd. Også tilfeller der gjenlevende forelder har fått foreldreansvaret etter reglene i første eller annet ledd, kan andre reise sak om foreldreansvaret for tingretten etter reglene i § 63. Lovendringene med økt automatikk i hvem som får foreldreansvaret, medfører at langt færre saker kommer opp til vurdering av retten. En grundig presentasjon av reglen slik den står nå, samt problemstillinger ved ulike konkrete situasjoner vil bli analysert i punkt 3.

Når retten skal ta stilling til hvem som skal få foreldreansvaret, skal det overordnede hensynet til hva som vil være til "barnets beste", jfr. § 48 stå sentralt. En nærmere forståelse av hva som ligger i begrepet "barnets beste", vil kunne variere fra sak til sak. Lovgiver har utformet en skjønnsmessig regel med sikte på å minne retten på at den alltid skal ta stilling til om løsningen som dommeren velger, ligger innenfor hva som er barnets beste. Siden dette vil variere ut fra forholdene i den enkelte sak, har lovgiver kun utdypet dette med en senere angitt presisering. Ved lovendring som trådte i kraft i 7. april 2006 ble det slått fast at det ved avgjørelsen skulle tas hensyn til at barnet ikke må bli utsatt for vold, og at barnets fysiske og psykiske helse blir ivaretatt. Hva som ligger i begrepet "barnets beste" vil bli nærmere gjennomgått i punkt 4.2.

Reglen i § 48 om at avgjørelsen skal tas ut fra hva som ville være til barnets beste, utelukker ikke at andre hensyn kan bli tillagt vekt. Lovendringer den senere tid bærer preg av en styrking av det biologiske prinsipp. Også andre hensyn har blitt trukket fram i rettspraksis som avgjørende. Og hvilke andre hensyn som kan være relevant ved rettens avgjørelser etter § 63 vil bli analysert i punkt 4 og 5. Ofte glir de ulike hensyn i den enkelte sak over i hverandre. Den generelle oppfatningen er at det beste for barnet er å vokse opp med biologiske foreldre. Hensynet til hva som vil være barnets beste og hensynet til å vokse opp hos biologiske forelder vil derfor i mange tilfeller samsvare.

Problemet settes på spissen der ulike hensyn spriker og taler for ulike løsninger. For eksempel kan det bli spørsmål om det vil være til barnets beste å vokse opp hos biologiske gjenlevende forelder dersom en annen, alternativ omsorgsperson kan tilby et mer stabilt hjem. Vektingen mellom de ulike hensyn er ofte det mest problematiske ved den konkrete avgjørelsen. Det vil være vanskelig å si noe generelt om hvilke hensyn som vil veie tyngre enn andre. Retten må alltid foreta en helhetsvurdering på bakgrunn av de opplysninger som er kommet fram. Spesielle tilfeller som kan oppstå i forbindelse med den vanskelige grensedragningen, vurderes nærmere i punkt 5. Her gjennomgås situasjonen der den ene forelderen har forvoldt den andres død. I punkt 6 vil jeg ta noen avsluttende vurderinger.

2. Historikk

2.1 Presentasjon av tidligere rett

Barnelovgivning har gjennomgått store endringer over tid. Fra romerretten og gammel germansk tid, hvor mannen hadde en slags eiendomsrett over sine ektefødte barn, har utviklingen fram til barneloven av 8. april 1981 Nr. 7 vært radikal. Fokus har endret retning fra hva foreldrene hadde rett på til hva barnet har rett på. Barnets beste har nå blitt hovedfokus ved rettsavgjørelser om barn. Begrepsendringen i forbindelse med barneloven fra foreldremyndighet til foreldreansvar illustrerer at man ønsket å fokusere på barnet som et selvstendig individ i forholdet mellom barn og foreldre. I tillegg var ønsket at barnet skulle ha en økende grad av selvbestemmelsesrett (Ragnhild Collin-Hansen, Innføring i barnerett - s. 135-136). Til tross for at man gradvis har gått bort ifra å se foreldreansvar som en absolutt rettighet for biologiske foreldre, representerer det en selvstendig verdi å la barnet vokse opp sammen med en eller begge sine biologiske foreldre.

Ved lov 13.juni 1997 skjedde en viktig endring av reglene om forelderansvar etter dødsfall. Hensikten var å gjøre det lettere for gjenlevende forelder å få foreldreansvaret. Etter tidligere § 36 var vilkåret for automatisk å få foreldreansvaret overført til seg, at vedkommende både hadde del i foreldreansvaret og bodde med barnet. Gjenlevende forelder som ikke oppfylte disse kravene, måtte på lik linje som andre som søkte foreldreansvaret, henvende seg til tingretten og kreve foreldreansvaret overført til seg.

2.2 Endringslov 13.juni 1997 nr.39

Det var i all hovedsak hensynet til gjenlevende biologiske forelder som var årsak til lovendringen i 1997. Den gradvise endringen i familiestrukturen fra at de fleste foreldre var gift, til flere samboere og oppløste familier, førte til at loven slo svært uheldig ut i konkrete tilfeller som man ikke hadde tatt høyde for da loven ble formulert.

I Rt. 1993 s626 fikk fosterforeldrene foreldreansvaret for en to og et halvt år gammel gutt på bekostning av den biologiske faren. Det ble i dommen lagt avgjørende vekt på at barnet i halvannet år, mens saken hadde vært oppe for domstolen, hadde bodd hos fosterforeldrene. Retten mente at han i løpet av disse årene hadde knyttet så sterke bånd til sine nye omsorgspersoner at han ikke burde bli flyttet igjen. Det ble lagt avgjørende vekt på hva som var barnets beste ut fra situasjonen på det tidspunktet saken kom opp for høyesterett. Dommen ble i ettertid svært kritisert. I realiteten ble

det avgjørende i denne saken hvem barnet ble plassert hos mens spørsmålet om hvem som skulle ha foreldreansvaret ble avgjort for domstolene.

Man ønsket med lovendringen også å gjøre saksgangen for biologisk forelder som ønsket å få foreldreansvaret enklere, både av hensyn til barnet og til den gjenlevende forelderen. Etter den tidligere reglen var det ofte en stor belastning for den gjenlevende forelderen og for barnet at saken om foreldreansvaret ikke ble avklart raskt nok når de i utgangspunktet allerede var i en vanskelig situasjon ved at den ene forelderen var gått bort. I saker der flere krevde foreldreansvaret, kunne saken trekke ut i flere år før det kom en endelig rettskraftig avgjørelse. Dette kan også bli tilfelle etter dagens regler, men barnet vil etter lovendringen i flere tilfeller automatisk være plassert hos biologiske forelder, og denne vil derfor ha en sterkere sak når det gjelder å beholde foreldreansvaret. I tilfeller der gjenlevende verken bodde sammen med barnet eller hadde del i foreldreansvaret, kan det variere en del hvem barnet blir boende hos umiddelbart etter dødsfallet. Vurderingen vil for eksempel kunne være hvorvidt barnet bør plasseres hos biologiske forelder, steforeldre eller besteforeldre. Spørsmålet om retten etter lovendringen skal gi biologiske forelder en generell fortrinnsrett vurderes under punkt 4.7.

2.3 Endringslov 7.april 2006 nr. 6

Ved lov 7. april 2006 nr.6 ble loven på nytt endret. Bakgrunnen var kritikk rettet mot den automatiske overføringen av foreldreansvaret etter lovendringen i 1997, særlig i forbindelse med drapssaker i årene etter lovendringen. I media ble det påpekt flere tilfeller der en forelder som var siktet eller tiltalt for forsettelig ha forvoldt den annens død, fikk beholde foreldreansvaret eller fikk det automatisk overført til seg etter reglene i § 38. Det ville i disse tilfellene være opp til avdødes slektninger å gå rettens vei for å kreve fratakelse av foreldreansvaret. Det er ikke vanskelig å tenke seg at dette var en enorm belastning for avdødes familie, som først hadde mistet et familiemedlem, og så i tillegg måtte kjempe for å frata den mulige drapsmannen foreldreansvaret for den avdødes barn. Reglen opplevdes utvilsomt opprørende og stridende mot den alminnelige rettsfølelsen i samfunnet. Det ble ved lovendringen lagt inn en sikkerhetsventil for disse tilfellene. (Forarbeidene Ot.prp. Nr. 103 (2004-2005) s.39) Etter § 38 skal tingretten nå i overnevnte tilfeller ta en foreløpig avgjørelse etter § 60a, uavhengig av om andre reiser sak om foreldreansvaret. Det vil si at automatikken i overgang av forelderansvar er tatt bort dersom dette særtilfellet oppstår.

3. Lovens utgangspunkter

3.1. Foreldreansvar for gjenlevende når den ene forelderen dør

3.1.1. Innledning

Når en av foreldrene dør, oppstår spørsmålet om hvordan dette påvirker den gjenlevendes forhold til barnet. Dette regulerer § 38, jfr. § 63. Ved lovendring som trådte i kraft 1998, ble saksgangen for gjenlevende forelder kan bli vesentlig enklere. Der det etter den gamle reglen måtte reises sak om foreldreansvar, kan det etter den nye reglen i nærmere angitte tilfeller nedenfor gå automatikk i at vedkommende får ansvaret. Imidlertid kan det til tross for at gjenlevende har fått foreldreansvaret automatisk overført til seg, reises sak av andre om å få foreldreansvaret jfr. § 63 første

ledd og § 38 fjerde ledd, slik at saken må avgjøres av retten. I tilfeller som ikke faller inn under første eller annet ledd, der det ikke går automatikk i at biologiske foreldre får beholde eller får overført foreldreansvaret til seg, blir det opp til retten å avgjøre hvor barnet skal bo, jfr. § 38 tredje ledd, jfr. § 63.

3.1.2 Presentasjon og vurdering av § 38 første ledd - begge foreldrene har foreldreansvar.

Etter første ledd får den gjenlevende forelder automatisk foreldreansvaret alene dersom vedkommende før dødsfallet hadde del i foreldreansvaret. Dette gjelder uavhengig av om foreldrene bodde sammen, om den gjenlevende forelder bodde sammen med barnet, eller hvor mye kontakt gjenlevende forelder har hatt med barnet. Det eneste vilkåret er her at foreldrene hadde felles foreldreansvar før den ene forelder døde.

Formelt får foreldre foreldreansvar automatisk ved at de er gift eller har samme folkeregistrerte adresse. Etter lovendring 17. juni 2005 nr.63 er foreldre som bor sammen likestilt med gifte foreldre. Dersom de samboende ikke har samme folkeregistrerte adresse, kan de få registrert det felles foreldreansvaret ved å avgi samboererklæring. Loven skiller her ut en gruppe foreldre som er ugifte, og ikke bor sammen. I disse tilfellene får moren automatisk foreldreansvaret alene ved fødselen etter § 35 første ledd. Faren kan få foreldreansvar etter avtale mellom foreldrene om felles foreldreansvar etter § 39. Denne avtalen må meldes folkeregistreringsmyndighetene for registrering for å være gyldig. Dersom slik registrering ikke har funnet sted, har moren det formelle foreldreansvaret alene, selv om faren er delaktig i omsorgen av barnet. En annen gruppe som ikke har foreldreansvar, er den gruppen foreldre som er blitt fratatt foreldreansvaret, eller dette er uttrykkelig avtalt eller fastsatt, jfr. barneloven § 34, ved oppløsning av foreldrenes samboerskap eller ekteskap. (Gudrun Holgersen, Barnerett 2008 - s 345).

At den gjenlevende hadde del i foreldreansvaret, fører altså etter § 38 første ledd at vedkommende automatisk får dette alene. I tilfeller hvor gjenlevende bodde sammen med barnet, eller hadde samvær og god kontakt med barnet, fremstår dette som den naturlige løsningen. Det betyr at vedkommende ikke trenger å reise sak for å få foreldreansvaret, og at gjenlevende forelder umiddelbart vil få barnet overført til seg etter dødsfallet dersom barnet bodde hos den andre forelder. Skjer det en endring i barnets bosted ved overføring av aleneansvar for den ene forelder, er det tilstrekkelig at dette meldes til folkeregisteret.

Tanken bak denne automatikken er å gi biologiske foreldre en styrket posisjon i forhold til andre som krever forelderretten. Regelen utspringer fra tanken om at det beste for barnet er å vokse opp med biologiske foreldre. Reglen vil i så måte ivareta både den gjenlevende forelderens og barnets interesser. Normalt vil det være slik at der begge foreldrene har foreldreansvar, har begge hatt god kontakt med barnet. Hvis foreldrene var gift eller bodde sammen ved barnets fødsel, har oftest begge foreldrene bodd deler av livet med barnet. I tilfeller der foreldrene ikke har bodd sammen, men har avgitt erklæring om felles foreldreansvar, vitner dette om at begge er interessert i å ha det ansvaret og privilegiet det innebærer å ha et barn. Det normale vil være at begge foreldrene derfor vil ha opprettholdt en tett kontakt med barnet uavhengig av livssituasjonen, og eventuelt statusen i forholdet til barnets andre biologiske forelder.

Imidlertid kan det tenkes forhold som ikke kommer inn under de såkalte normaltilfellene. I virkeligheten vil hver konkrete sak kunne variere mye fra tilfelle til tilfelle. Og hva som vil være barnets beste i det enkelte tilfelle, vil avhenge av langt flere faktorer enn hvem som er den biologiske forelderen. Situasjonen kan variere ut fra om en tredjepart ønsker foreldreansvaret og hvem denne tredjeparten er. Videre kan det være store forskjeller i hvor god kontakt barnet og den gjenlevende forelderen har hatt. Denne automatikken i hvor barnet skal plasseres etter den ene forelderens død, kan derfor tenkes å være problematisk for barnet i mange tilfeller. Lovens ordning med reglen i § 63 som åpner for at andre kan reise sak og kreve foreldreansvaret overført til seg, er ment å være løsningen på dette problemet. Dersom ingen andre krever foreldreansvaret etter § 63, forblir ansvaret hos den gjenlevende forelder. Vurderingen om denne løsningen er holdbar for barnet, blir da opp til barnevernet å vurdere. Hva som vil være relevant i forhold til innholdet i avgjørelser etter § 63 skal behandles nærmere i punkt 4.

3.1.3 Presentasjon og vurdering av § 38 annet ledd - bare en av foreldrene har foreldreansvar.

Etter § 38 annet ledd er det tilstrekkelig for å få foreldreansvaret at gjenlevende forelder bodde sammen med barnet og barnets andre forelder, uten å ha del i foreldreansvaret. Bakgrunnen for denne reglen var å fange opp alle tilfellene av samboende foreldre som ikke har avgitt erklæring om felles foreldreansvar, etter den gamle reglen i § 35 om automatisk foreldreansvar til moren der foreldrene ikke var gift. Etter lovendringen som likestiller gifte og samboende par med samme folkeregistrerte adresse, omfatter § 38 annet ledd langt færre tilfeller. Loven vil omfatte tilfeller der foreldrene bor sammen uten at dette er registrert i folkeregisteret, uten at de har avgitt samboererklæring til folkeregisteret, og uten at det er inngått en gyldig avtale om felles foreldreansvar. Det kan tenkes tilfeller der det ikke kjent for samboende foreldre at de er nødt til å ha samme folkeregistrerte adresse, da en del tar det for gitt at man automatisk får forelderrett til barnet sitt. Mangel på erklæring vil derfor i de aller fleste slike tilfeller ikke skyldes at moren ikke ønsker at faren skal ha like stor del av foreldreansvaret, men fordi de to regner med at det går automatikk i at de ved fødselen får delt ansvar.

Hvis foreldrene gifter seg, eller flytter sammen etter at barnet blir født vil begge automatisk få del i foreldreansvaret, selv om den ene hadde det alene før. Reglen er i første rekke ment å skape likestilling mellom far og mors rettslige posisjon i forhold til barnet, og er hovedsakelig ment for å verne farens rettigheter tiltross for manglende erklæring. Dersom reglen skulle komme til anvendelse der kun faren har foreldreansvar, ville det være mer betenkelig. Moren får som tidligere nevnt automatisk foreldreansvar ved fødselen. Så dersom hun ikke hadde foreldreansvar, måtte det være fordi hun enten hadde frasagt seg dette, eller at barnevernet hadde fratatt henne foreldreansvaret.

Det er imidlertid et absolutt vilkår at begge foreldrene og barnet bodde sammen, for å få foreldreansvaret etter annet ledd, og dette vil sjelden være tilfelle i overnevnte tilfeller. Dersom moren er blitt fratatt foreldreansvaret tidligere pga omsorgssvikt, for deretter å flytte sammen med barnet og barnefaren igjen, og hun etter reglen i annet ledd automatisk fikk foreldreansvaret overført til seg etter farens død, ville det blitt

barnevernets oppgave å gå inn og vurdere situasjonen.

Vilkåret etter annet ledd er altså at begge foreldrene og barnet bodde sammen før dødsfallet. Det kan tenkes situasjoner der det vil være problematisk å fastslå om foreldrene faktisk bodde sammen ved dødsfallet. Vilkåret er at de har felles folkeregistrert adresse. Imidlertid kan det tenkes situasjoner der registreringen ikke er reell. Samboerskaps løse form som ikke krever noen formell prosess for å fullbyrde bruddet, skaper uklare grenser for når samboerskapet består. Dette kan medføre en vanskelig grensdragning for om § 38 annet ledd kommer til anvendelse. Lovens utgangspunkt er at man må gå ut fra tidspunktet for dødsfallet. Hvis foreldrene hadde flyttet fra hverandre før dødsfallet, slår ikke automatikken i loven ut, og avgjørelsen om hvor barnet skal bo må tas av tingretten. Loven setter ingen vilkår for hvor lang tid i forveien vedkommende må ha bodd sammen med barnet. Det kan tenkes forhold der vedkommende kun har bodd med barnet en kort periode før dødsfallet, og ikke har hatt særlig god kontakt med barnet. Eller det kan være situasjoner der avdøde i praksis har hatt eneansvar for barnet, og at gjenlevende forelder ikke evner å ta vare på barnet på en forsvarlig måte. At det også i slike tilfeller går automatikk i at vedkommende får foreldreansvaret, kan helt klart stride mot hva som vil være barnets beste. Her blir det imidlertid barnevernets oppgave å gripe inn dersom forelder ikke evner å ta vare på barnet. Etter den gamle reglen i bl. § 36 der slike tilfeller skulle vurderes av retten basert på det overordnede hensynet til barnets beste, ville det i så måte ivaretatt barnets interesser på en langt mer vidtrekkende måte. Man kan derfor tenke seg tilfeller der denne reglen etter lovendringen har svekket barnets rettsikkerhet.

Dersom gjenlevende forelder får foreldreansvaret overført til seg etter § 38 annet ledd blir spørsmålet om hvordan vedkommende formelt overtar foreldreansvaret. Ifølge forarbeidene til lovendringen i 1997 må gjenlevende henvende seg til folkeregisteret for å registrere at vedkommende har foreldreansvar etter dødsfallet. (Ot.prp. Nr. 56 (1996-97) s.84) Hjemmel for dette er imidlertid ikke angitt, og man kan derfor neppe si at dette er en absolutt vilkår for å oppnå foreldreansvar. Trolig skal uttalelsen tolkes dit hen at det er slik gjenlevende forelder burde opptre for å oppnå en mest mulig ryddig og oversiktlig situasjon rundt overtagelsen av foreldreansvaret. Men å pålegge gjenlevende en plikt gjennom forarbeidene som tar fra han retten han har til automatisk å overta forelderretten, vil det etter all sannsynlighet ikke være grunnlag for. Det vil være til gjenlevende forelders egen fordel å registrere foreldreansvaret, men poenget er at ingen kan bruke det mot den gjenlevende forelder som et brudd i betingelsene for gyldigheten av overtagelsen av foreldreansvaret.

3.2 Foreldreansvaret for barnet når begge foreldrene er døde

§ 38 tredje ledd regulerer situasjonen der ingen har foreldreansvar for et barn. I disse tilfellene skal tingretten få opplysning om dette i dødsfallmeldingen. Dette omfatter både tilfeller der begge foreldrene er døde, og der den gjenlevende ikke hadde foreldreansvar (etter første ledd), og ikke bodde sammen med barnet (etter annet ledd). Dersom ingen voksne omsorgspersoner tar seg av barnet etter dødsfallet, plikter barnevernet å gripe dirkete inn og ta hånd om barnet, jfr. Bvl. § 4-6 første ledd. I tilfeller der ingen har foreldreansvaret kan den eller de som ønsker foreldreansvaret henvende seg til tingretten jfr. § 63. Dette gjelder både der biologiske gjenlevende forelder uten foreldreansvar, og andre ønsker foreldreansvaret. Dersom begge foreldrene er døde, og retten enten ikke mottar henvendelser om noen som ønsker å ta

seg av barnet, eller ikke velger å ta til følge det eller de eventuelle krav som fremsettes, overtar barnevernet omsorgen over barnet. (Jfr. Kristen Sandberg i Norsk Lovkommentar s.1401)

3.3 Flere ønsker foreldreansvaret

I situasjoner der den gjenlevende forelder får beholde foreldreansvaret etter første ledd, eller har fått foreldreansvaret overført til seg etter reglene i annet ledd, er det ikke gitt at vedkommende får beholde barnet permanent. Etter § 38 fjerde ledd kan andre enn foreldrene kreve å få foreldreansvaret etter reglene i § 63. Også der gjenlevende forelder ikke kommer inn under § 38 første eller annet ledd, men like fullt ønsker foreldreansvaret, kan både forelder og andre fremsette krav om dette, jfr. § 63. Loven setter ingen begrensninger for hvilke "andre", enn de biologiske foreldrene, som kan reise sak etter § 63. Det kan være mange grunner til at andre ønsker foreldreansvaret, og det kan være mange i barnets nærmeste krets som kan ha ønske om å få foreldreansvaret. Typiske eksempler på alternative omsorgspersoner, vil være andre nære familiemedlemmer særlig fra den avdødes side, eller en steforelder som har hatt nær kontakt og bodd med barnet.

Hensikten bak denne reglen er at loven skal åpne for alle mulige utfall ut fra prinsippet om barnets beste. Ofte vil situasjonen være slik at andre enn biologisk gjenlevende forelder har hatt tettere kontakt med barnet og blir en mer naturlig omsorgsperson. Ofte vil de tilfellene som ender i domstolen være de mest tilspissede situasjoner, der motparten til den biologiske forelder ofte vil mene at vedkommende forelder ikke er skikket til å ta vare på barnet. Situasjoner som går igjen i rettspraksis, er også der vedkommende som krever foreldreansvaret er så sterkt tilknyttet barnet at de mener de vil representere størst grad av trygghet og stabilitet i livet til barnet nå som det har mistet sin nærmeste omsorgsperson.

Regelen i § 63 er også ment å fungere som en slags sikkerhetsventil i de situasjonene der det går automatisk i at biologiske gjenlevende forelder får foreldreansvaret. Dersom øvrig familie eller andre nærstående til barnet mener at de er bedre skikket til å ha den daglige omsorgen for barnet, kan de få saken prøvd for en domstol. Dette vil ivareta barnets interesser på en god måte, ved å få avgjørelsen nøytralt vurdert av en uavhengig instans som i første rekke skal fokusere på barnets beste. Annerledes vil det være i de tilfellene der det ikke er flere som konkurrerer om å få foreldreansvaret. I slike situasjoner forblir foreldreansvaret hos den gjenlevende. Og retten tar ikke stilling til om gjenlevende forelder er skikket til å ta vare på barnet på en god måte. Man kan argumentere med at rettens vurdering av om gjenlevende er skikket til å ta seg av barnet, ikke er nødvendig ettersom en generell vurdering av en persons egnethet som forelder ikke blir vurdert før man får barn. Barnevernet har dessuten til oppgave å gripe inn der foreldre ikke er i stand til å ivareta barnets oppfostring på en tilfredstillende måte. Imidlertid vil denne situasjonen være veldig spesiell da barnet etter reglene i § 38 første og annet ledd kan risikere å bli plassert hos en person som ikke kan ivareta barnets behov, eller som har hatt lite eller ingen kontakt med barnet. Det unike med denne situasjonen er at barnet allerede har mistet sin nærmeste, noe som uansett vil være svært opprivende situasjon. At barnet skal risikere å bli utsatt for ytterligere påkjenning ved å bli flyttet til en forelder med foreldreansvar etter første ledd som barnet har hatt begrenset kontakt med, vil kunne skape uopprettelige skader for barnet. Mer enn noe annet krever situasjonen etter dødsfallet stabile, trygge

omgivelser med trygge omsorgspersoner rundt barnet. Før lovendringen i 1997, skulle alle tilfeller der barnet ikke bodde med forelderen eller denne ikke hadde foreldreansvar vurderes av retten. Denne gjennomgangen av sakens realiteter av en uavhengig part, kunne være viktig for å ivareta barnets beste, og endring av systemet er tilsvarende en svekkelse av kontrollen med hva som i det enkelte tilfellet vil være til det beste for barnet.

3.4 Behandlingen av krav om foreldreansvar etter dødsfall

Ved en situasjon der gjenlevende forelder får foreldreansvaret etter § 38 første eller annet ledd, vil dette ofte være den naturlige løsningen. Men i visse tilfeller kan det at en annen enn den barnet bodde hos eller hadde tettest kontakt med, medføre problemer for barnet. Det er ikke gitt at gjenlevende biologiske forelder er den personen som er best skikket til å ta seg av barnet, eller at dette er den beste potensielle situasjonen for barnet. Derfor er det åpnet for at andre, innen 6 mnd, kan reise sak om å få foreldreansvaret og om å få bo fast med barnet, jfr. § 63 første ledd. Dette innebærer at dersom noen krever det formelle foreldreansvaret etter § 63, må kravet også innebære at vedkommende krever å få barnet boende hos seg. Seksmånedersfristen medfører at etter denne er utløpt, kan ingen andre reise sak om å få foreldreansvaret. Hensikten med å sette en frist for å fremsette krav om foreldreansvar, er for forttest mulig å klarlegge den permanente situasjonen. Dette både av hensyn til den som har foreldreansvaret mens fristen løper, og av hensyn til å skape en stabil fremtid for barnet. Lengden på fristen er fastsatt slik at avdødes slektninger har anledning over en periode å se om barnets situasjon er tilfredstillende. I tillegg er den ikke så lang at alternative omsorgspersoner kan vente lenge før de bestemmer seg om de vil kreve foreldreansvaret.

Som en typisk konflikt kan nevnes tilfeller der avdødes foreldre ønsker å ha barnet boende hos seg. Et annet eksempel kan være der barnet har bodd sammen med steforelder som er tettere knyttet til barnet enn biologiske forelder. Særlig blir sistnevnte alternativ aktuelt hvis barnet også har halvsøsken hun eller han bor sammen med. Lovens ordning er ment å gi uttrykk for at normalordningen er å vokse opp sammen med sin biologiske forelder, men at i visse tilfeller vil en sterk sosial tilknytning veie tyngre enn biologi. (Ot.prp. Nr. 5 (199-97) s.84) I rettspraksis og teori har det vært tale om å finne fram til barnets sosiale forelder. Hvor mye som skal til i det enkelte tilfellet for å gi foreldreansvar til en annen enn biologiske forelder, der vedkommende ønsker det, vil bli drøftet i punkt 3.2.4.

Fører dødsfallet til at ingen har forelderrett over barnet skal tingretten ta avgjørelse om foreldreansvar etter reglene i § 63, jfr. § 38 tredje ledd. Under denne kategorien faller tilfeller der den biologiske gjenlevende forelderen ikke bodde sammen med barnet på tidspunktet for dødsfallet, og ikke hadde del i foreldreansvaret formelt sett, og tilfeller der begge foreldrene er døde.

Der den ene forelderen fortsatt er i live, og krever foreldreansvaret skal retten i henhold til § 63 tredje ledd, legge vekt på dette. Det vil si at biologiske forelder skal ha en viss fortrinnsrett etter § 63. Dette behandles nærmere i punkt 5. Dersom det kun er en som melder seg, skal retten som hovedregel gi foreldreansvaret til denne etter fjerde ledd. Unntaket er når det er fare for at barnet ikke vil få forsvarlig stell og oppfostring, eller det vil lide skade på annen måte jfr. minimumskravet i § 63 fjerde ledd. Minimumskravet vil bli nærmere behandlet i punkt 4.4.

Etter femte ledd skal slektninger og eventuelt de som barnet bor med, få anledning til å uttale seg. Deres rett til å uttale seg gjelder uansett om de selv er en av de som krever foreldreansvaret eller om de bare har en mening om saken. Gjennom denne prosessen kan det tenkes at alternative løsninger blir foreslått av de som står nærmest barnet, og dette vil kunne være svært nyttig informasjon for retten. Dette gjelder særlig tilfeller der ingen av de som krever foreldreansvaret kan skape tilstrekkelig tilfredstillende omsorgstilbud for barnet. Det kan imidlertid tenkes tilfeller der det bare finnes ett klart alternativ, og at det ikke er tvil om at dette vil være fullt ut tilfredstillende i forhold til barnets velvære. I slike tilfeller kan retten se bort ifra uttaleretten.

Også barnet skal høres, jfr. femte ledd. Dette samsvarer med den generelle reglen om barns rett til å være med i avgjørelsesprosessen i § 31.

Resultatet kan bli at foreldreansvaret skal deles mellom flere personer eller gis til en alene jfr. sjette ledd. Retten kan velge å gi foreldreansvaret sammen til ett par, gifte eller samboende mann og kvinne. Loven stenger derfor for muligheten av å gi foreldreansvar til samboende par av samme kjønn, og til for eksempel to søstre. Dersom en av barnets biologiske foreldre er en av de som krever foreldreansvaret, må retten ta stilling til om vedkommende skal ha del i foreldreansvaret. Dette vil bare være aktuelt der en annen enn gjenlevende forelder får den daglige omsorgen for barnet, det vil si retten til å ha barnet boende hos seg. Resultatet kan derfor bli at foreldreansvaret deles mellom tre personer. Dette vil særlig være en aktuell løsning dersom gjenlevende forelder ikke er i stand til å ha barnet boende hos seg, men barnet utvilsomt ha fordel av å opprettholde tett kontakt med sin biologiske forelder. Å dele forelderansvaret mellom tre personer vil imidlertid øke risikoen for fremtidige konflikter og ustabile forhold for barnet. Det vil da være tre personer med rettigheter og forpliktelser overfor barnet. Dersom det samboende paret, som begge har del i foreldreansvaret, flytter fra hverandre, kan barnet måtte forholde seg til tre ulike hjem og tre ulike voksenpersoner som alle skal ha sitt å si ved viktige avgjørelser i barnets liv. Det er ikke vanskelig å se at dette kan bli en konfliktfylt og belastende situasjon for barnet. Disse tingene må retten ta med i sin betraktning på tidspunktet for avgjørelsen. Dette er en del av kravet om at retten skal finne en løsning som er til det beste for barnet.

En erklæring fra foreldrene om hvem de mener burde ha foreldreansvaret skal vektlegges, jfr. sjette ledd. Hvor ny denne erklæringen er, om begge foreldrene har skrevet under, om begge eller bare den ene forelder er død, og om den er begrunnet, vil være momenter som er med på å avgjøre hvor stor vekt retten skal legge på erklæringen. I situasjoner der det har vært en konflikt mellom foreldrene om hvem som burde ha foreldreansvaret vil en slik erklæring fra den ene ha mindre verdi enn der begge foreldrene er enige. Men et av formålene med å kunne vektlegge en slik erklæring, er å kunne nyansere den gjenlevendes fremstilling av saken, og hvor stor vekt retten legger på en slik erklæring vil derfor variere ut fra de konkrete forholdene i saken.

Retten kan sette vilkår for avgjørelsen at barnet ikke på en viss tid skal flyttes fra hjemmet der det bor, etter syvende ledd. Ved en gradvis flytting, og at barnet for tid til å venne seg til tanken på hva som skal skje, unngår man gjerne en opprivende traumatisk situasjon for barnet. Dette vil ofte være et naturlig ledd for at selve utførelsen av endringen av omsorgspersoner skal gå så smertefritt for barnet som

mulig. Vilårsadgangen etter syvende ledd er uttømmende. Det vil si at retten ikke har anledning til å sette andre vilkår for avgjørelsen.

Rettens kjennelse treffes som regel etter muntlig forhandling, jfr. § 63 tredje ledd. Avgjørelser etter § 63 er indispositive, og det kan derfor ikke løses ved at de involverte partene inngår avtale eller rettsforlik. Men kjennelsen kan innstevnes for retten på nytt dersom særlige grunner taler for det, jfr. siste ledd.

De innholdsmessige sidene av en avgjørelse etter § 63 behandles nærmere i punkt 4.

3.5 Rettsvirkninger av avgjørelse om foreldreansvaret

Når retten tar en avgjørelse om hvem som skal ha foreldreansvaret etter § 38, jfr. § 63, får dette ulike rettslige konsekvenser for barnet ut fra hvem som får foreldreansvaret. Etter § 38 femte ledd henviser til hvile reglesett som blir gjeldene for den eller de som får foreldreansvaret. Kap 5 om foreldreansvaret og hvor barnet skal bo fast, og kap 6 om samvær kommer her til anvendelse.

De økonomiske forpliktelsene til den som får foreldreansvaret vil variere. Underholdsplikt etter kap. 8 er ikke umiddelbar følge av foreldreansvaret. Bare der begge foreldrene er døde, inntreer dette ansvaret automatisk, jfr. § 66 annet ledd. Når en av foreldrene er i live, vil vedkommendes underholdningsplikt etter § 66 annet ledd bestå. Det vil si at der en annen enn gjenlevende forelder får foreldreansvaret eller skal ha barnet boende fast hos seg overtar de ikke den økonomiske forsørgerplikten. Barnet forsørgeres da gjennom bidrag fra gjenlevende, og barnepensjon etter avdøde. Men rent faktisk vil likevel tenkes at det kan medføre noen ekstra utgifter. Dersom gjenlevende får beholde eller får foreldreansvaret overført til seg, skjer ingen endringer i det økonomiske ansvarsforholdet. Avgjørelsen får ikke betydning for arve og odelsrett. Det vil si at barnet ikke automatisk arver fra de som har foreldreansvaret, men arveretten etter eventuelt gjenlevende forelder består uavhengig av hvordan utfallet av avgjørelsen om forelderretten blir.

Å få foreldreansvaret for et barn medfører omfattende rettigheter og forpliktelser i forhold til barnet. Utover det økonomiske, medfølger retten og plikten til å ha den daglige omsorgen for barnet og til å ha barnet boende hos seg. Der foreldreansvaret er delt mellom to eller flere personer, kan rent faktiske problemstillinger om hvem kan ta avgjørelser på barnets vegne og hvem barnet skal forholde seg til, bli vanskelig. Særlig problematisk kan dette bli dersom biologiske forelder har del i foreldreansvaret uten å ha barnet boende hos seg. Disse spørsmålene er ikke rettslig regulert, men problemstillingen må tas hensyn til når retten skal vurdere hvem som skal ha del i foreldreansvaret, da denne vurderingen vil være essensiell i spørsmålet om hva som vil være til barnets beste.

4. Innholdet i avgjørelsen

4.1 Generelt

Ved en rettslig avgjørelse om fordeling av foreldreansvar når en eller begge foreldrene er døde, vil spørsmålet være hva retten vektlegger. Hvilke hensyn som gjør seg gjeldende vil variere fra tilfelle til tilfelle. Men noen overordnede prinsipper må retten

ta hensyn til ved avgjørelsen. Det viktigste er at retten under hele prosessen og ved avgjørelsen alltid skal ta hensyn til hva som vil være til barnets beste, jfr. § 48. For å synliggjøre barnets behov, vil det være viktig å la barnets mening komme tydelig fram i vurderingen, jfr. § 31. Dersom en av foreldrene fortsatt er i live og ønsker foreldreansvaret, vil retten måtte ta stilling til om vedkommende skal få foreldreansvaret fremfor eventuelt andre som krever foreldreansvaret. Før retten tildeler noen foreldreansvar, må de alltid ta stilling til om minimumskravet i § 63 fjerde ledd er oppfylt. Videre vil tidligere avgjørelser etter barneloven kunne være veiledende når det gjelder hvilke hensyn som vektlegges. Imidlertid vil hvert enkelt tilfelle måtte vurderes konkret. Jeg skal i det følgende presentere de ulike hensyn som kan gjøre seg gjeldene ved en avgjørelse etter § 38, jfr. 63. Særlig problematiske typetilfeller vil bli nærmere gjennomgått i punkt 4.7-5.

4.2 Barnets beste

Barnets beste skal være det overordnede hensyn i alle avgjørelser etter barneloven og barnevernloven. § 48 er en prinsipperklæring som ikke angir nærmere innhold i hva som er barnets beste. Ulike momenter vil være aktuelle avhengig av hvilken sak som skal behandles. Fortolkningen kan blant annet variere ut fra hvem som er de alternative omsorgspersonene, og barnets tilknytning til disse, alder på barnet, og forskjeller fra barn til barn. Bestemmelsens er først og fremst ment å være en påminnelse om at det i alle ledd av avgjørelsen skal vurderes ut fra hva som vil være det beste for barnet. Den generelle utformingen er gitt for å forsikre seg om at det tas tilstrekkelig hensyn til de konkrete forholdene.

4.2.1 Utgangspunktet om barnets beste, § 48 første ledd

Prinsippet om barnets beste kommer til uttrykk i Bl. § 48, jfr. lovendring vedtatt i lov av 20. juni 2003 nr. 40. Tidligere var prinsippet tatt inn i enkeltbestemmelser, men ble trukket ut som en selvstendig bestemmelse for å markere at kriteriet også skulle gjelde hele saksbehandlingen. Det vil si at både i avgjørelsen og i prosessen som fører fram mot avgjørelsen om hvem som skal ha foreldreansvaret etter § 38, jfr. 63, og i midlertidig avgjørelser om hvor barnet skal bo etter § 60a, skal hensynet til barnets beste være et overordnet kriterium. Det er fastslått i bl. § 48 at det “først og fremst” skal tas hensyn til barnets beste. Ordlyden åpner for at man kan legge vekt på andre hensyn. Det vil kunne variere ut fra det enkelte tilfellet hvilket innhold man legger i begrepet “barnets beste”, og hvilken vekt man legger på andre motstridende hensyn.

Bestemmelsen i bl § 48 må sees i lys av FN's barnekonvensjon art. 3. FN barnekonvensjon ble vedtatt 20. nov. 1989, og ble ratifisert av Norge 8. jan. 1991. Konvensjonen er ved lovendring 1. aug. 2003 nr. 83 blitt inkorporert i norsk lovgivning gjennom menneskerettighetsloven. Det følger av art. 3 at:

“Ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være det grunnleggende hensyn.”

Bestemmelsen er ment å gi bla retten en uttrykkelig plikt til særlig å ta barnets behov til etterretning før de treffer en avgjørelse. Plikten strekker seg også fra og med saksbehandlingen frem mot avgjørelsen. Dommeren plikter å opplyse saken tilstrekkelig, slik at de tar avgjørelsen på riktig grunnlag. I spørsmål om foreldreansvar etter § 38, jfr. § 63 vil det ofte være gjenlevende forelder og eventuelt andre som krever forelderretten sine interesser som kommer sterkest fram. Bestemmelsen vil derfor

fungere som en slags påminnelse for dommeren, å ta stilling til som en sentral del av vurderingen hvordan de ulike alternativer stiller seg i forhold til prinsippet om barnets beste.

4.2.2. § 48 annet ledd

Ved lovendring, 7 April 2006 nr.6 , ble det lagt til et presiserende annet ledd til § 48. Tilegg ble foreslått i Ot.Prp. Nr. 103 (2004-2005). Annet ledd fastslår at det ved avgjørelsen om hva som er til barnets beste, skal det tas hensyn til at barnet ikke må bli utsatt for vold eller på annen måte bli behandlet slik at den fysiske eller psykiske helsen blir utsatt for skade eller fare. Tilegget er ment å være en presisering av innholdet i barnets beste. At dette også var en del av begrepet før lovendringen er utvilsomt tilfelle. Hensikten med tilegget var å synliggjøre, og sikre at disse hensynene var langt fremme i bevisstheten når avgjørelsen blir tatt.

4.2.3 Nærmere om innholdet av barnets beste.

Spørsmål om hvem som skal ha foreldreansvaret etter § 38, jfr. 63 krever ofte svært komplekse og vanskelige vurderinger. Mange hensyn kan komme inn, men først og fremst er det en vanskelig vurdering da man ikke kan vite med sikkerhet annet enn hva situasjonen er på nåværende tidspunkt. Det å kunne tilby et trygt og stabilt hjem for barnet, er et av de viktigste elementene av prinsippet om barnets beste. Vurderingen av om hvor barnet får det best, blir derfor et hypotetisk spørsmål. Usikkerheten rundt vurderingen av en usikker fremtid gjør at enkelte har kritisert at § 48 ikke stiller opp nærmere kriterier. Kristen Sandberg hevder i boken "Barnets beste", at det å ha barnets beste som eneste kriterium, skaper manglende forutberegnelighet. Hun hevder at det å vektlegge hvem som har hatt best kontakt med barnet burde være et kriterium etter loven. Imidlertid omtaler hun da situasjoner der retten skal avgjøre hvem av de biologiske foreldrene som skal ha hovedomsorgen. Situasjonen vil være noe annerledes der en eller begge foreldrene er døde. Men hvilken kontakt barnet har hatt med den eller de som krever foreldreansvaret, kan utvilsomt være et viktig argument når det kommer til hva som vil være det beste for barnet. (jfr. Smith, Lucy & Peter Lødrup, Barn og foreldre s. 139) I spørsmålet hva som vil bli den fremtidige beste situasjonen for barnet kan erfaringer fra lignende situasjoner bli av betydning. Imidlertid kan for generelle betraktninger om "normalsituasjonen" komme til å stride med prinsippet om å ivareta barnets beste. Konkrete opplysninger om livssituasjonen og fremtidige muligheter kan derfor bli utslagsgivende der det er tvil om avgjørelsen. For eksempel kan man se på hvilke muligheter vedkommende har for å opprette eller beholde en stabil inntekt, fast bopel, utdanningsmuligheter, miljøet rundt vedkommende og ellers hvilke fremtidsutsikter vedkommende har. (jfr. Smith, Lucy & Peter Lødrup, Barn og foreldre s.140) Vedkommendes fortid er ofte relevant. Imidlertid viser erfaring at folk ofte kan klare å snu livssituasjonen sin når de får ansvar for et barn. Hvor mye retten velge å legge vekt på slike forhold, vil derfor variere fra en sak til en annen.

Resultatet i en sak vil kunne fremstå som mer eller mindre klart. Der flere parter krever foreldreansvaret, kan de ulike alternativene trekke inn en lang rekke hensyn som skal vurderes. Relevante hensyn kan blant annet være alder på barnet, verdioppfatninger, og ulikeheter fra barn til barn. Videre vil vurderingen kunne komme inn på hva som vil være barnets beste ut fra praktiske erfaringer, forskning som relevant kunnskap fra psykologi, sosiologi og antropologi.

Enkelte ganger kan en sak omfatte direkte motstridende interesser. For eksempel kan ulike verdisyn, kulturavhengige forskjeller, faglige meninger og folkelige oppfatninger kan tale for ulike løsninger av hva som i den konkrete saken vil være til barnets beste. Det kan være at vil samfunnsinteresser, interessene til de som ønsker foreldreansvaret og barnets interesser komme til å bli motstridende. Fra et samfunnsøkonomisk synspunkt vil det være hensiktsmessig å plassere barnet hos gjenlevende forelder, hvis alternativet er å overlate omsorgen til barnevernet. Fra den eller de som krever foreldreansvaret sin side, vil det at de får omsorg for barnet fremstå som det beste alternativet. Rettens oppgave er å se hvilket alternativ som vil samsvare med barnets beste. Der en interesse blir direkte motstridende til hva som barnets beste, må barnets beste alltid bli prioritert. Imidlertid er det ofte slik at de ulike interessene flyter over i hverandre, og det ofte kan være uklart hva som vil være det beste alternativet. Kanskje er det flere omtrent like gode alternative omsorgspersoner som krever ansvaret.

Vurderingen av hva som vil være til barnets beste, vil i den konkrete situasjonen handle om å finne det potensielt beste alternativet for dette barnet. Man kan ikke gå ut fra hva som ville vært det optimale for barnet, men sammenligne de alternative situasjonene. Spørsmålet er hvilket av de foreliggende alternativer som best vil trygge barnets oppvekst og utvikling. Dersom det kun er ett alternativ må retten forsikre seg om at den som skal få foreldreansvaret må oppfylle minstekravet i § 63 fjerde ledd. (omtales i punkt 4.5) De ulike alternative løsningene har som regel ulike fordeler og ulemper som gjør saker om foreldreansvar etter dødsfall til svært komplekse og vanskelige avgjørelser. Hva rettens konklusjonen blir, vil alltid avhenge av en helhetsvurdering av situasjonen. Vektingen mellom ulike hensyn kommer jeg nærmere inn på under punkt 4.6. følg.

4.3 Barnets selvbestemmelsesrett

En svært viktig ledd for å komme fram til hva som er til barnet beste, er å la barnet uttale seg om sin egen situasjon. Barnets rett til å bli hørt ved saker som avgjøres etter § 63 jfr. femte ledd som viser til barnets rett til å bli hørt i § 31. Lovens ordning legger opp til at barnet skal være med på å ta avgjørelser gradvis, og i økende grad. Det er vanskelig å sette noen grense for hvor mye man skal ta hensyn til barnas ønsker i spørsmål om foreldreansvar. Det vil i stor grad avhenge av sakens art, samt barnets alder og modenhet. Etter lovendring 20. juni 2003 Nr. 40, i kraft 1. april 2004, opererer loven med en 7-års aldersgrense hvor barnet skal bli hørt ved viktige avgjørelser. Det kan tenkes at også yngre barn får uttale seg. Fra 12 år skal det legges stor vekt på hva barnet mener. Tidligere var retten til å bli hørt fra 12 år. Ved å fastsette grensen til 7 år, synliggjorde man viktigheten av å høre barnet og økte derfor barnets rettsikkerhet. Hensikten var også at reglen skulle samsvare med reglen i FN's barnekonvensjon art 12.

Ved høring av barn vil en viktig forutsetning være at barnet på forhånd har fått tilstrekkelig informasjon om saken. Imidlertid vil hvor mange detaljer i saken barnet skal sette seg inn i variere ut fra barnets alder og modenhet.

Loven er formulert som en plikt for retten å høre barnets mening. Men barnet kan velge å ikke benytte seg av denne retten. Etter Bl. § 61 annet ledd kan dommeren oppnevne en annen person til å snakke med barnet, for eksempel en sakkyndig. Loven gir ingen anvisning på hvor mye barnets utsagn skal vektlegges, det viktige er at de høres. Hvorvidt retten lar barnets standpunkt i saken være avgjørende, eller hvordan de

bruker informasjonen de har fått, vil bero på den konkrete situasjonen. Grunnen til dette er at barn ofte sier det de tror det er forventet av dem å si, eller det som en de er glad i vil at de skal si. Imidlertid kan dette også tale for at man skal høre barnet, kanskje det sier noe om hvem barnet er nærmest tilknyttet, noe som i så fall vil være et viktig moment i avgjørelsen. På den annen side kan barnets uttalelser bære preg av at de ikke ønsker å såre noen. Hvor stor vekt man skal legge på det barnet sier, vil derfor variere fra tilfelle til tilfelle. Det vil trolig på lagt mer vekt på barnets mening der en eller begge foreldrene er døde, enn i en vanlig barnefordelingssak.

4.4 Det biologiske prinsipp

De biologiske prinsipp er sterkt forankret i den norske rettsoppfattningen. Prinsippet er først og fremst forankret i barneloven som et ansvar og en plikt for foreldre å ivareta sine barns primær og sekundærbehov. Det er klart forutsatt at barn skal bo sammen sine foreldre.

Barnets beste i barnekonvensjonen art.3 gir også uttrykk for at primæransvaret for omsorgsforpliktelsene overfor barnet påhviler foreldrene. Staten skal i første rekke legge til rette for at de ytre remmene i forholdet mellom foreldre og barn blir tilrettelagt slik at det er mulig for foreldre å utøve foreldreansvaret på best mulig måte. Dette gjøres bla ved å tilby hjelpetiltak gjennom barneverntjenesten der foreldrene møter utfordringer i forhold til barneoppdragelse, men også gjennom viktige sosiale og økonomiske støtteordninger. Dette kan tale for at retten ikke kan argumentere med at det ville være barnets beste å velge et annet omsorgsalternativ enn biologiske forelder, når det kan være myndighetenes oppgave å tilrettelegge slik at den biologiske forelder fikk anledning til å utøve foreldreansvaret til barnets beste. I rettspraksis ser vi sjelden at retten vektlegger materielle goder som eneste begrunnelse for å tildele foreldreansvaret til en annen enn biologiske forelder. Derimot vektlegges forhold som kan vise at vedkommende har forsøkt å tilrettelegge livet slik at vedkommende kan ta vare på et barn. I Rt. 2000 s. 1460 fikk biologiske far foreldreansvaret, tiltross for en belastende fortid. Det ble vektlagt at han viste stor vilje til å endre livsførsel og søke råd. Da rettspraksis i visse tilfeller viser stor vilje til å velge en løsning der barnet plasseres hos biologiske forelder, er dette i lys av at det anses som en egenverdi for barnet å vokse opp med sin biologiske far eller mor. Rettens oppgave er imidlertid først og fremst å ta stilling til hva som vil være barnets beste, og ikke hva den biologiske forelder burde ha rett til.

Det biologiske prinsipp kommer til uttrykk også gjennom FN's barnekonvensjon art 9. Der gis barnet en rett til "ikke- atskillelse" fra foreldrene. Unntaket er når det blir besluttet av kompetent myndighet at det vil være til "barnets beste" med en annen ordning. Igjen ser man vinklingen i å formulere lovgivning slik at det er barnets rettigheter som er det fremtredende, og at hva som vil være det beste for barnet i den konkrete situasjonen skal være bestemmende på avgjørelsen, og ikke en hva foreldrene føler de har rett til.

Til tross for at loven ikke gir biologiske forelder en eksklusiv rett til foreldreansvar over sitt barn, er den rådende samfunnsoppfattningen at biologiske forelder har rett til å oppfostre egne barn, og at det skal meget gode grunner til for å "frata" biologiske forelder denne "retten". Dersom barnet skal passerer hos andre enn biologiske forelder, skjer dette enten gjennom en foreldreansvarssak etter § 38, jfr. § 63, eller ved at

barnevernet griper inn etter barnevernlovens egne regelsett. Det grunnleggende utgangspunkt er at barnet skal vokse opp i den familien man er født inn i. Dette både fordi det er samfunnsøkonomisk nødvendig at foreldre føler ansvar for å ta vare på egne barn, og fordi den rådende oppfatningen er at det vil være best for barnet å vokse opp med biologiske foreldre så lenge dette lar seg gjøre på en forsvarlig måte. Denne tankegangen har også fått gjennomslag i barneloven § 38, ved lovendringer i de senere år for å styrke den gjenlevende forelderens posisjon, der den ene biologiske forelderen dør. I forarbeidene til lovendringen, Ot.prp.nr.56 (1996-1997) s. 6, går det fram at departementet mener at lovens utgangspunkt skal være at barnet vokser opp med en eller begge foreldrene sine. På s.47 presiserer de videre at den biologiske tilknytningen likevel bare er ett moment som må veies opp mot andre relevante momenter i vurderingen av hva som vil være det beste for barnet.

4.5 Minimumskravet i § 63

I tilfeller der det bare fremsettes ett krav om foreldreansvar, skal retten kun vurdere om minimumskravet i § 63 fjerde ledd annet punktum er oppfylt. Vurderingstema er om vedkommende kan tilby forsvarlig stell og fostring. Kravet skal også avvises der det er fare for at barnet vil lide skade på annen måte. Hensikten er å gi retten hjemmel til å avvise kravet, og i stedet overføre ansvaret for barnet til barnevernet dersom det skulle vise seg å være det beste for barnet. Men det gir også retten en plikt til å sette seg tilstrekkelig inn i saken for å kunne fastslå at lovens minstekrav er oppfylt. Minimumskravet fungerer derfor til å fremme barnets rettsikkerhet.

I en avgjørelse om hvem som skal få foreldreansvaret etter § 38, jfr. 63, har tidligere dommer en begrenset predukatsverdi. Hva som vil være til barnets beste i den enkelte sak vil variere ut fra omstendighetene i saken. Generelle uttalelser hvor høyesterett uttaler seg om nye relevante momenter eller forkaster andre momenters verdi, kan være relevant i en rettslig argumentasjon. (Kirsten Sandberg i Norsk lovkommentar s.1405) Tidligere rettspraksis vil også være veiledende når det gjelder hvilke hensyn som kan gjøre seg gjeldene, og til en viss grad vektingen dem imellom. Den generelle vurderingen av hvilke momenter som kan trekkes inn, og om avveiningen dem imellom kan ikke være avgjørende hvis den ikke stemmer med hva som er barnets beste. Vurderingen er av skjønnsmessig art, og skal i ethvert tilfelle bero på en konkret helhetsvurdering, jfr. Forarbeidene til § 48. (Ot.prp. (2002-2003) s28) Risikoen ved miljøskifte kan for eksempel være avgjørende i en sak, og bli tillagt mindre betydning i en annen sak. Konkret må dommeren gå inn å vurdere hvem som best kan antas å fremme barnets behov og skape en trygg og god fremtid for barnet. Flere av dommene som blir gjennomgått omhandler “barnefordeling”, men vil være relevant i forhold til momenter som er felles ved alle saker vedrørende foreldreansvar. Imidlertid vil momentene neppe være direkte overførbare, men må tilpasses de ulike konkrete situasjonene.

4.6.2 Barnets beste

At barnets beste skal være det overordnede kriteriet er lovfestet, jfr. §§ 48 og 63. (se punkt 4.2) Vurderingen av hva som vil være til barnets beste åpner for skjønnsutøvelse. Det vil derfor kunne forekomme store uenigheter mellom både de som krever foreldreansvaret, sakkyndige og dommeren. Ulike personlige erfaringsgrunnlag og fagkunnskap vil skape ulike meninger. Avgjørelsen vil til en viss grad avhenge av hvilken dommer som avgjør saken når vurderingen er av skjønnsmessig art. Faglige og

personlige forutsetninger gjør at informasjon velges ut og bearbeides ulikt. Dommerens helhetsvurdering av situasjonen blir ofte avgjørende. Det kan derfor være nyttig å ta i bruk bredest mulig kildemateriale når avgjørelsen skal tas. Her kommer rettspraksis inn som en meget viktig kilde til hvilke hensyn som kan være relevante.

4.6.3 Barnets ønsker

Barnets ønsker skal vektlegges, jfr. § 31.(se punkt 4.3) Dersom retten ikke etterlever sin plikt til å høre barnet, kan dommen bli opphevet pga saksbehandlingsfeil, jfr. Rt. 1974. S. 1339. I Rt. 2004 s.811 ble det imidlertid akseptert at barnet ikke ble hørt, til tross for at barnet hadde nådd lovens aldersgrense for uttalerett. Begrunnelsen var at det å ikke høre barnet i denne situasjonen ville være til barnets beste. Det ble påpekt at barnet som utgangspunkt skulle vært hørt, men det var av betydning at denne saken gjaldt omfanget av allerede fastsatt samvær. Denne dommen er i senere tid blitt kritisert. Det er hevdet at dommens synspunkter både er i strid med loven, jfr. forarbeider, og med FN's barnekonvensjon. Det er varierende i hvilken grad barnets ønsker blir vektlagt jfr. over. I rettspraksis er det imidlertid blitt lagt til grunn at det skal mye til før retten går imot et barns ønsker dersom barnet er over tolv år, jfr. Rt. 2004 s.999.

4.6.4 Barnets sosiale forelder

Spesielt for foreldreansvarssaker etter § 38, jfr. 63 er at det vil variere hvor mye kontakt barnet har hatt med den eller de som krever foreldreansvaret. Som tidligere nevnt, spiller biologi en viktig rolle når man skal velge mellom flere ulike alternative omsorgspersoner. (se punkt 4.4) Hvor sterk tilknytning barnet har til sin gjenlevende forelder er av avgjørende betydning når retten velger hvor barnet skal plasseres. Dersom det har eksistert en samværordning mellom gjenlevende forelder og barnet til tross for at de ikke har bodd sammen, taler dette for at gjenlevende skal overta foreldreansvaret. Finnes det andre omsorgspersoner som har hatt tettere kontakt med barnet, som barnet har bodd hos eller oppholdt seg mye hos, kan dette tale for at en annen enn biologiske forelder får foreldreansvaret. I rettspraksis har begrepet, barnets sosiale forelder, blitt brukt. Dersom en person har fungert som barnets forelder, for eksempel en steforelder, vil dette tale for å gi denne foreldreansvaret (jfr. Ot.prp.nr.56 (1996-1997) s.6) . I Rt. 2000 s.1460 ble biologiske forelderen tilkjent ansvaret under argumentasjon at kontakten med barnet hadde vært så god, at han også hadde fungert som barnets sosiale forelder.

4.6.5 Risiko ved miljøskifte

Risikoen ved miljøskifte er et av de mest hyppig brukte anførsler ved spørsmål om foreldreansvar etter barneloven. Argumentet får varierende slagkraft ettersom hva miljøskifte i denne konkrete saken vil innebære. Situasjonen vil variere ut fra hvor drastiske endringer det er snakk om. Der barnet må skifte bomiljø med venner, barnehage/skole, naboer og slektninger, vil dette ofte være en enorm ekstrabelastning i en ellers vanskelig situasjon, særlig med tanke på at barnet har mistet en eller begge foreldrene sine, og dermed må skifte hovedomsorgsperson.

I rettspraksis har dette momentet fått avgjørende betydning i en rekke avgjørelser. Særlig er dette bygget på sakkyndiges uttalelser, som i Rt. 1970 s.592 der sakkyndige uttalte at miljøskifte kunne virke traumatisk eller skjelelig skadelig for gutten. Rettspraksis viser at dette momentet særlig kommer sterkt til uttrykk der det er snakk

om små barn, da de er særlig sårbare, jfr. Rt. 1964, s. 899. Det har etter hvert utviklet seg et prinsipp i rettspraksis, status quo, som gjør at om barnet er i en godt fungerende ordning, og er godt tilpasset i et miljø, skal det mye til for at retten bestemmer at barnet skal flyttes. Konkrete omstendigheter som tilsier at barnet er tjent med å flytte, kan allikevel veie opp for et miljøskifte, men her kreves en overvekt av sannsynlighet for at en flytting vil være det beste for barnet, jfr. Rt. 1996 s. 427.

Situasjonen vil ofte være annerledes ved spørsmål om foreldreansvar etter at en eller begge foreldrene er død, enn i en ordinær sak om foreldreansvar. Ofte vil situasjonen være slik at barnet uansett må bytte bosted og hovedomsorgsperson. Innebærer det ene alternativet at barnet kan bo i samme miljø og fortsette i samme barnehage eller skole, vil dette klart vært av betydning. Der en eller begge foreldrene er døde, vil barnet være i en ekstremt sårbar situasjon, og en ordning som kan legges til rette for at barnet opprettholder noe trygt og kjent i sin hverdag bør prioriteres, jfr status quo prinsippet. I Rt. 1993 s626 var en halvt år gammel gutt plassert hos fosterforeldre rett etter barnets mor døde. Når saken var oppe for høyesterett to år senere, ble det lagt avgjørende vekt på at det ikke ville være til barnets beste å gjennomgå enda et miljøskifte. Også i Rt. 1985 s. 1280 la høyesterett særlig vekt på betenkelighetene rundt å flytte barnet. Her hadde bestemoren hatt barnet hos seg siden moren døde. Til tross for at et yngre par med barn som var i farens familie ønsket foreldreansvaret, la høyesterett avgjørende vekt på status quo prinsippet. Dette viser at det særlig i saker om foreldreansvar etter § 38, jfr. 63 kan risikoen ved miljøskifte få stor betydning, da barnet etter den ene eller begge foreldrenes død allerede har gjennomgått et miljøskifte. Det vil derfor være svært viktig med en snarlig avgjørelse i denne type saker.

4.6.6 Andre hensyn

Hensynet til det å unngå å dele opp søskenflokkene, er blitt tillagt avgjørende vekt i barnefordelingssaker. Det er ofte blitt fremhevet at deling av søsken skal som hovedregel ikke skje, jfr. bla Rt. 1990 s.198. De fleste av sakene som har vært oppe for høyesterett, gjelder imidlertid barnefordelingssaker der begge foreldrene er i live hvor spørsmålet er deling mellom foreldrene. I spørsmål om foreldreansvar etter at en eller begge foreldrene er døde, blir problemstillingen en annen. I avgjørelser i vanlige barnefordelingssaker blir foreldreansvaret ofte delt mellom de biologiske foreldrene, og samværordningen blir som oftest satt til at en av foreldrene har hele søskenflokkene på en gang. I barnefordelingssaker etter § 63 vil det å velge ett resultat ofte avskjære de andre alternativene. Dersom de avdøde foreldrene hadde flere barn, vil retten i normaltilfellene velge en omsorgsperson som kan ta vare på hele søskenflokkene. Der bare den ene forelderen er død, og den avdøde og barnet bodde sammen med barnets steforelder, og barnet hadde halvsøsken, kan hensynet til å ikke skille søsknene bli et moment. Det er blitt trukket fram i rettspraksis at styrken av dette momentet kan avhenge av forholdet søsknene imellom. Der barna har blitt såpass gamle at de har vent seg til å leve sammen med søsken, vil dette trekke i retning av å ikke skille søsknene, jfr. Rt. 1989. s.320. I den samme dommen ble det påpekt at dersom et barn mister en av foreldrene i det daglige liv, er det som oftest viktig for barna å være sammen og være til støtte for hverandre. Dette argumentet blir bare forsterket i en situasjon der barnet hadde et stabilt liv med den avdøde forelderen, steforelderen, og halvsøsken. Å rive barnet bort fra denne situasjonen ville være svært dramatisk for barnet etter først å ha gått gjennom det traumatiske i å miste den ene forelderen.

Alder eller kjønn på barnet har blitt brukt som argument i saker i lavere rettsinstanser, men ikke i høyesterett. Det er heller usikkert om dette kan regnes som et moment av relevans. Det viktigste er at retten vurderer situasjonen i sin helhet, og da er alderen en naturlig del av helhetsbildet.

Kandidatenes personlige egenskaper er viktig i vurderingen av hvem som er best skikket til å ta vare på barnet. Imidlertid er det ofte vanskelig å lese ut av domsprimissene at de ulike "kandidatenes" personlige egenskaper har vært avgjørende. Årsaken til dette er at dommerne i stor grad forsøker å være tilbakeholdne med personlige beskrivelser. (jfr. Smith, Lucy & Peter Lødrup, Barn og foreldre s. 153) I Rt. 1986 s.997 ble det vektlagt at etter sakkyndiges vurdering, ville en oppvekst hos faren gjøre en 8 år gammel gutt bedre rustet til utdanning og arbeidsliv.

4.6.7 Delt foreldreansvar

Mange av de overnevnte hensyn er mest relevant i forhold til hvor barnet skal bo, og ikke i vurderingen av foreldreansvar. Nå er det slik at det ingen kan kreve foreldreansvaret etter § 63 uten å også kreve å få barnet boende hos seg. Imidlertid kan retten bestemme at en annen enn gjenlevende biologiske forelder får foreldreansvaret og barnet boende hos seg, men at gjenlevende forelder allikevel få del i det formelle foreldreansvaret, jfr. § 63 sjette ledd. Dette vil særlig være aktuelt der gjenlevende forelder har hatt god kontakt med barnet, men ikke kan tilby tilstrekkelig trygghet og stabilitet for barnet, eller det finnes et klart bedre alternativt hjem og omsorgspersoner for barnet. Retten vil ved en slik ordning legge vekt på at det beste for barnet er å ha fast bosted hos andre enn gjenlevende forelder, men at det å opprettholde en tett kontakt sees på som det beste alternativet for barnet. Etter det jeg kan se finnes imidlertid ingen publisert rettspraksis der denne muligheten er blitt benyttet.

4.7 Nærmere om situasjonen der flere krever foreldreansvaret

Et særlig utfordrende problemstilling for retten å ta stilling til, er valget om hvem som skal ha foreldreansvaret der flere enn en part krever foreldreansvaret. Hvis en av disse er barnets biologiske forelder, blir spørsmålet hva som skal til for at retten velger at en annen skal ha foreldreansvaret for barnet. Hvor mye skal til for at retten velger at annen løsning enn det biologiske prinsipp skulle tilsi. Hvis valget står mellom mer fjerne slektninger blir spørsmålet hvor mye det biologiske prinsipp skal tillegges vekt.

Det overordnede hensynet ved avgjørelser etter § 63 vil alltid være hensynet til hva som vil være det beste for barnet. Spørsmålet er hvilke kriterier man vektlegger mest i hensyn til hva som er barnets beste. Som tidligere nevnt er hele loven og samfunnssystemet vårt lagt opp slik at biologiske forelder skal ha ansvaret for oppfostring av egne barn. De fleste vil også oppleve dette som en rett de har til å avgjøre hva som er best for sine egne barn. Imidlertid vil barnets nærståendes syn på hva som er barnets beste, bli farget av deres eget ønske om å få foreldreansvaret. Det er heller ikke å se bort i fra at deres egne ønsker i visse tilfeller overskygger deres evne til objektivt å vurdere hvilken alternativ løsning som ville være til barnets beste.

Biologi vil uansett være en av de viktigste momentene ved avgjørelsen. I Rt. 1993 s.626 uttaler førstvoterende på s.630 at det er selvsagt at det normalt vil representere en selvstendig verdi for et barn å vokse opp hos biologiske far eller mor. Dette viser at det å vokse opp med biologiske far eller mor, i normalt tilfeller vil være et ledd av

innholdet i barnets beste. Retten vil ofte ha som utgangspunkt at biologiske forelder får foreldreansvaret dersom ikke andre grunner taler for at vedkommende ikke er skikket som forelder, eller andre grunner taler for at et annet alternativ ville være klart bedre for barnet. Dette samsvarer godt med justiskomiteens bemerkninger i Inst.O.nr.30 (1980-1981) der de fastslår at “foreldrene bør ha en fortrinnsrett hvor det ikke er klart hva som vil være det beste for barnet.” De uttaler videre at dette særlig bør være tilfelle der gjenlevnede forelder har hatt felles foreldreansvar. Det må imidlertid tas en konkret vurdering av forholdet, der mange flere ting enn hvem av de alternative omsorgspersonen som har sterkest biologisk tilknytning til barnet, må tas inn i vurderingen av hva som er til barnets beste. Det presiseres i Ot.prp.nr.56 (1996-1997) s.47 at den biologiske tilknytningen likevel bare er et moment som må veies opp mot andre relevante momenter i vurderingen av hva som vil være det beste for barnet.

Dersom barnet er etablert i en ny familie med en annen sosial forelder og nye søsken må dette veies opp mot det å vokse opp med en biologisk far eller mor, jfr. Ot.prp.nr.56 (1996-1997) s. 47. Når det gjelder materielle forskjeller hos de alternative omsorgspersonene, er dette som utgangspunkt av mindre relevans. (jfr. s.71) Det synes derfor å fremgå av forarbeidene at den sosiale tilknytningen skal tillegges større vekt enn biologi og materielle goder, der disse momentene spriker i ulike retninger. Dette samsvarer med det lille vi har av rettspraksis på området, der det avgjørende for hvilket alternativ retten velger, ofte er de involvertes tilknytning til barnet. Status quo/kontinuitet er ofte trukket fram som essensielt ved avgjørelser om foreldreansvar. I dette ligger det at det mest stabile og trygge alternativet sett med barnets øyne ofte blir tillagt størst vekt. Hvem barnet hadde bodd sammen med den siste tiden, og dermed kjente best, ble avgjørende i Rt. 1993 s 626. I Rt. 2000 s.1460 gikk retten langt i å vise til farens sterke bånd till barnet, både biologisk og sosialt. Dette mente retten veide opp for en ustabil fortid og en krevende livssituasjon. Lovens ordning legger opp til at retten kan avgjøre hvilke momenter som trekkes inn i hver sak, og hvilken vekt de skal ha.

I en situasjon der flere krever foreldreansvaret, vil det variere hvem de ulike partene er. Bortsett fra den biologiske forelder, blir spørsmålet hvilken relevans dette vil ha for avgjørelsen. Etter § 63 kan “andre” enn biologiske forelder fremsette krav om foreldreansvar. Loven i seg selv setter ingen begrensninger for hvem som kan fremsette et slikt krav. Der bare en av partene er i familie eller i slekt med barnet, vil det biologiske prinsipp slå særlig sterkt ut. Særlig i disse tilfellene da den ene eller begge foreldrene er døde, vil dette kanskje være barnets eneste sjanse til å opprettholde tett familie eller slekt. Men som vi har sett over, er det ofte den sosiale tilknytningen som er avgjørende, så der en steforelder er den som har hatt mest omtakt med barnet og fungert som forelder, vil dette veie tungt. Ved vurdering av en forelder eller en annen ung person opp mot besteforeldre, vil retten helst velge noen fra foreldregenerasjonen hvis ikke besteforeldrene står barnet spesielt mye nærmere barnet. (jfr. Kirsten Sandberg i Norsk lovkommentar s. 1405)

5. Sitasjonen der den ene forelder har forvoldt den andres død

Sitasjonen der den ene forelder er tiltalt eller siktet for å ha forvoldt den andres død, reiser en rekke vanskelige spørsmål. Ved endringslov 7. april 2006 nr.6 ble det

tatt inn et tillegg med sikte på å regulere overnevnte tilfelle. Endringen ble lagt til som et unntak fra reglen om at gjenlevende forelder får beholde foreldreansvaret etter § 38 første ledd, eller får foreldreansvaret direkte overført til seg etter § 38 annet ledd. Dersom gjenlevende forelder er siktet eller tiltalt for å ha forvoldt den andre forelderens død, kommer ikke automatikken i første og annet ledd til anvendelse, jfr. første ledd annen setning, og annet ledd annen setning. I slike tilfeller skal retten i stedet ta en foreløpig avgjørelse om foreldreansvaret etter § 60a. Den gjenlevende vil ikke umiddelbart miste foreldreansvaret etter å ha forvoldt den andres død, hvis vedkommende hadde del i foreldreansvaret fra før. Men vedkommende vil ikke få foreldreansvaret overført til seg etter § 38 annet ledd, dersom gjenlevende bodde sammen med barnet og den andre forelder. (jfr. Ot.prp. Nr. 103 s. 38-40.)

I årene etter endringen av § 38 i 1997, oppstod en rekke problematiske tilfeller som følge av reglene om at en forelder fikk beholde foreldreansvaret alene, eller automatisk fikk det overført til seg. I media ble det fokusert på problematikken rundt der en forelder forvolder den andres død, eller der det er mistanke om sådan, fikk hele foreldreansvaret overført til seg. Det er store betenkeligheter med å la forelder som har forvoldt den andres død uten at det skyldes uaktsomhet, ha omsorgen og foreldreansvaret for barnet. Slik reglen var, ble det i praksis avdødes slektninger som satt igjen med ansvaret, og den store påkjenningen det er å bringe saken inn for domstolene etter den formelle måten beskrevet i punkt 3.2, da det ikke var automatikk i en rettslig avklaring av om forelder i disse tilfellene skulle ha foreldreansvaret for barnet. I tillegg til en store belastningen dette var for familien, kan det tenkes at en slik ordning kan gå ut over barnets rettssikkerhet. Dersom verken slektninger eller barnevernet krevde at den gjenlevende forelder ble fratatt foreldreansvaret, kunne forelder sitte igjen med foreldreansvaret. Rent faktisk ville noen andre ha den daglige omsorgen for barnet mens forelder satt i varetekt, men formelt sett ville vedkommende beholde foreldreansvaret. Dette innebærer at vedkommende kunne både ville ha rett og plikt til å treffe en del avgjørelser vedrørende barnet, noe som også kan gjøres fra fengselet. Ikke bare kunne en slik situasjon klart stride mot folks rettsbevissthet, men den kunne også være meget uheldig for barnet.

Etter lovendringen i 2006, skal alle tilfeller der gjenlevende forelder er siktet eller tiltalt for å forsettlig eller overlagt ha forvoldt den andres død, få foreldreansvarssaken vurdert av retten, som tar en foreløpig avgjørelse. Dette kan innebære at vedkommende blir midlertidig fratatt ansvaret inntil man ser hvordan straffesaken utvikler seg, eller at vedkommende får beholde ansvaret midlertidig. Departementet peker i forarbeidene til lovendringen på at sakens kompleksitet tilsier at hvert tilfelle må vurderes konkret. De vedgår at reglene må endres, men i sakene ble det kun trukket fram saker der faren hadde drept moren, og det ikke forelå noen formildende omstendigheter. Departementet mente at hver sak burde vurderes i forhold til det konkrete saksforholdet. Det kan tenkes at den som er siktet for drapet vil bli frifunnet pga nødverge og/eller at avdøde har utsatt gjenlevende eller barna for årelang mishandling. (jfr. Ot.prp.nr.103 (2004-2005) s.40) Man har eksempler fra rettspraksis der personer er blitt frifunnet for forsettlig drap pga overnevnte omstendigheter. Det vil også kunne være store variasjoner i bevis materialet, og omstendighetene rundt drapet er skjedd. Der det er mer usikkert om vedkommende er skyldig, vil det være et argument for midlertidig å få beholde ansvaret til saken er avgjort. Er motivet for drapet uenigheter rundt fordeling av foreldreansvar eller samværsrett, slik vi har sett

eksempler på fra virkelige hendelser, burde det være uaktuelt å gi gjenlevende forelder foreldreansvaret. I tillegg til skyldgrad, og omstendighetene rundt hvordan drapet er skjedd og motiv for drapet, blir barnets beste bli det avgjørende ved vurderingen. Kanskje er den siktede barnets eneste eller desidert nærmeste omsorgsperson. At barnet er lite knyttet til avdøde kan også være av betydning. At barnets beste skal være det overordnede hensynet i denne type saker fremgår også av § 63, 2 ledd. Imidlertid fremgår det av forarbeidene at i slike saker skal forelderens kun få foreldreansvaret der dette er til det vil være til det klart beste for barnet. (Ot.prp. Nr.103 s.41) Etter dagens regel skal politiet varsle barnevernet der det blir tatt ut tiltale eller siktelse mot gjenlevende forelder, jfr. barnevernloven 6-4 som gjelder meldeplikt ved mishandling eller alvorlig omsorgssvikt. Barnevernet kan treffe akuttvedtak om å plassere barnet utenfor hjemmet selv om gjenlevende motsetter seg det, jfr. Barnevernloven § 4-6, første ledd. Videre har de hjemmel til å treffe vedtak om omsorgsoverdragelse etter § 4-12. Barnevernet plikter så å varsle tingretten som avgjør hvem som skal ha ansvar for barnet mens saken avgjøres jfr. § 38 første ledd annen setning, og annet ledd annen setning.

At saken i første omgang skal avgjøres ved foreløpig avgjørelse etter § 60a, er i første rekke av hensyn til gjenlevende forelders rettsikkerhet. Det var enighet i alle instanser av under forberedelsene til loven at det ville være for inngripende å frata gjenlevende forelder foreldreansvaret bare på bakgrunn av at vedkommende er siktet eller tiltalt for forsettelig å ha forvoldt den andre forelderens død uten rettslig prøving. Dette innebærer at den endelige avgjørelsen om forelderens skal fratas foreldreansvaret ikke bør tas før etter straffesaken er avgjort. I den midlertidige avgjørelsen skal retten ikke ta stilling til skyldspørsmålet i straffesaken. Dette ville i så fall innebære en forhåndsdomming av den siktede. Bevisspørsmålet om vedkommende er skyldig i å ha forvoldt den andres død, vil uansett være mye strengere i en straffesak enn i en sak om barnefordeling. Etter vurderingen i § 38 er det nok at vedkommende er siktet eller tiltalt for å foreta midlertidig avgjørelse. Denne formuleringen utelukker dermed situasjonen der gjenlevende forelder kun er mistenkt for å ha forvoldt den andres død. Dersom mistanket ikke fører til siktelse eller tiltale vil dette dermed ikke påvirke situasjonen der gjenlevende har foreldreansvaret.

Spørsmålet er om forelderens får foreldreansvaret ved frifinnelse eller ved frafallelse av siktelsen. Det å la det gå automatisk i å la forelderens få foreldreansvaret tilbakeført til seg, ville være det samme som å gi strafferettslige beviskrav utslagsgivende virkning. Retten kan ved avgjørelsen om foreldreansvar vektlegge forhold som ikke er tilstrekkelig bevist i straffesaken, da beviskravene ikke er like strenge ved avgjørelser etter barneloven. Det vil si at der at det ut fra forholdene er sannsynlig at vedkommende har utført drapet, men påtalemyndigheten ikke klarer å bevise det utover enhver rimelig tvil i en straffesak, kan man allikevel legge til grunn at risikoen for at vedkommende har gjort det taler for at det beste for barnet ville være å vokse opp utenfor gjenlevende forelders hjem. (jfr. Ot.prp.nr.103 s. 41) Det samme vil være tilfelle etter en ordinær foreldreansvarssak etter barneloven § 63. Dersom det for eksempel er sannsynlig at gjenlevende forelder har mishandlet eller hatt en voldelig oppførsel mot barnet eller barnets søsken eller andre forelder, er dette nok til å velge bort gjenlevende som omsorgsperson. Det er ikke et krav om at forelderens er straffedømt for nevnte forhold. Ved endelig avgjørelse om foreldreansvaret skal retten hovedsaklig vektlegge barnets beste.

Også andre forhold kan hindre at gjenlevende forelder får foreldreansvaret etter frifinnelsen eller frafalt siktelse. For det første kan en annen alternativ omsorgssituasjon synes bedre for barnet. Her vil retten kunne legge vekt på de samme momentene som i en ordinær foreldreansvarssak jfr. punkt. 3. Spesielt for dette tilfellet er at dersom saken har trukket ut i tid, og barnet i mellomtiden er blitt sterkt tilknyttet nye omsorgspersoner, skal det mye til for at retten bestemmer at barnet skal flyttes på nytt. Særlig der vedkommende har sittet fengslet i lengre perioder, uten å ha kontakt med barnet, kan det bli vanskelig for gjenlevende å overbevise retten om at det beste for barnet er å bli tilbakeført til vedkommende. Her vil retten måtte ta en konkret vurdering ut fra forholdene i den enkelte sak. Selv om retten skulle komme til at vedkommende forelder får beholde foreldreansvaret, eller få foreldreansvaret tilbakeført til seg, er det ikke sikkert at vedkommende faktisk får barnet tilbakeført til seg. Det er opp til barnevernet å gjøre denne vurderingen.

I en særlig krevende sak som verserer i disse dager, den presseomtalte Dung Tran Larsen- saken, oppstod et særtilfelle. I denne saken er moren til to barn sporløst forsvunnet. Faren til barna er mistenkt for å være involvert i forsvinningen, og var også i en periode varetektsfengslet. I seks mnd. var barna midlertidig plassert i beredskapshjem. Men retten har bestemt at det vil være til det beste for barna at faren har foreldreansvaret. Fylkesnemnda har nå bestemt at faren også skal ha den daglige omsorgen, og barna er tilbakeført til han. Avgjørelsene gikk i farens favør til tross for at siktelsen mot han står ved lag. Denne saken er imidlertid meget spesiell da man ikke engang vet med sikkerhet om moren bare er forsvunnet eller om hun er faktisk død. Tingrettens midlertidige avgjørelse viser at det i alle tilfeller må tas konkrete vurderinger hvor utfallet ikke er gitt på forhånd. Til tross for at barnevernet hadde nedlagt midlertidig flytteforbud for barna, og kunne stanset selve tilbakeflyttingen midlertidig jfr. over, valgte barnevernet i denne saken å følge Tingrettens avgjørelse og Fylkesnemndas vedtak.

6. Avsluttende vurderinger

6.1 De lege ferenda betraktninger

Når en ny lov eller lovendring blir vedtatt, medfører dette alltid en viss usikkerhet i forhold til fremtidige avgjørelser. Heller ikke kan man være sikker på at loven ikke vil slå skjevt ut i forhold til konkrete forhold man ikke har vurdert under lovforberedelsen av den grunn at man ikke har tatt høyde for denne situasjonen. Lovendringen av 13. juni 1997 nr.39 er en styrkning av biologiske forelders posisjon. Spørsmålet er om denne styrkingen har skjedd på bekostning av barnets beste?

Avgjørelsen i Rt. 1993 s.626 viser hvor avgjørende det er hvor barnet blir plassert umiddelbart etter dødsfallet ettersom saksgangen ved en eventuelle rettssak kan trekke så langt ut i tid at når tidspunktet for avgjørelsen kommer vil det være uheldig for barnet med et miljøskifte. De negative konsekvensene ved å rive barnet ut av en trygg situasjon nok en gang kan derfor komme til å bli bestemmende, til tross for at det andre alternativet i utgangspunktet ville vært bedre for barnet. I overnevnte dom var dette argumentet medvirkende for at faren ikke fikk foreldreansvaret for barnet. Dette førte til en lovendring som klart har styrket den gjenlevende biologiske foreldres stilling.

Spørsmålet er om dette er på bekostning av barnets interesser. Det kan tenkes en motsatt situasjon enn den som var i nevnte dom. Barnets biologiske forelder mottar automatisk foreldreansvaret jfr loven, selv om det finnes klart bedre alternative omsorgspersoner som ønsker foreldreansvaret. Barnets biologiske forelder ender opp med foreldreansvaret fordi risikoen ved miljøskifte blir alt for stor. Før lovendringen ville barnevernet vurdert saken konkret ut fra barnets beste, og barnet kunne blitt plassert hos den best skikkede omsorgspersonen umiddelbart etter den ene forelderens død. Det kan tenkes at når det går automatikk i hvor barnet skal bo, kan det i enkeltsaker føre til at hensynet til barnets beste ikke blir tilstrekkelig ivaretatt.

6.2 Noe om fremtiden

Barns rettigheter er stadig under utvikling. Ofte kan konkrete tilfeller som viser lovens utilstrekkelighet, være med på å starte en lovendring. Omstrukturering av lovverket for å tilpasse det samfunnsutviklingen blir stadig vurdert. I disse dager pågår arbeid i nedsatte offentlige utvalg med å gjennomgå barnelovens regler om foreldreansvar, fast bosted og samvær. Barneloven har vært oppdatert jevnlig gjennom en rekke lovendringer. Ofte er det frivillige organisasjoner som er til for å verne om barns rettigheter, som er med på å sette problemstillinger på dagsorden. Vi har også sett at det utvidende internasjonale samarbeidet etterstreber en samordning, og et felles overnasjonalt lovverk. Trolig vil vi derfor kunne trekke klarere paralleller til andre lands ordninger og regelverk, og benytte andre lands erfaringer ved fremtidig utarbeidelse av lovverket.

I

7. Litteraturliste

- Collin-Hansen, Ragnhild, *Innføring i barnerett for sosialarbeidere*, 1 og 2 utgave, Oslo 1997 og 2007.
- Danielsen, Svend , *Nordisk børneret II*, 1 utgave, København 2003.
- Ewerløf, Gjørn, Tor Sverne og Anna Singer, *Barnets besta*, 5.utgave. Stockholm 2006.
- Holgersen, Gudrun og Marianne Tellefsen, *Barnerett, en systematisk fremstilling*. 1 utgave Oslo 2003.
- Holgersen, Gudrun og Marianne Tellefsen, *Barnet og loven i utdrag*, 1.Utg. Oslo 2006.
- Holgersen, Gudrun , *Barnerett*,1.utgave, Kristiansand 2008.
- Lødrup, Peter, Knut Kaasen og Steinar Tjomsland (hovedredaktører) *Norsk lovkommentar* Nr. 2, 1980-1996. Oslo 2005.
- Smith, Lucy & Peter Lødrup, *Barn og foreldre*, 7 utgave, Oslo 2006.
- Saldeen Åke, *Barn och foreldrarett*, 5 utgave, Uppsala 2005.
- Sandberg, Kristen, *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, 1.utgave, Oslo 2003

Lover og konvensjoner

- Lov 8.April 1981 Nr.7 om barn og foreldre (barnelova)
- Lov 17. Juni 1992 nr.100 om barneverntjenester (barnevernlova)
- FN's barnekonvensjon av 20.nov.1989.

Offentlige dokumenter

- NOU: 1977:35 Lov om barn og foreldre
- Ot.prp. nr. 56 (1996-97) Om lov om endringer i lov 8. April 1981 nr.7 om barn og foreldre (barnelova)
- Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) Om lov om endringer i barneloven
- Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) Om lov om endringer i barneloven mv. (omfang av samvær. Styring av meklingsordningen, tiltak for å beskytte barn mot overgrep, fordreansvar etter dødsfall, tilbakeføring av barnebidrag mv.)
- Ot.prp. nr. 11 (2005-2006) Om lov om endringer i barneloven mv. (omfang av samvær. Styring av meklingsordningen, tiltak for å beskytte barn mot overgrep, fordreansvar etter dødsfall, tilbakeføring av barnebidrag mv.)

Innst.O Nr. 30 (1980-1981) Innstilling fra justiskomiteen om lov om barn og foreldre (barneloven)

Innst. O Nr. 35 (2005-2006) Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om lov om endringer i barneloven mv. (omfang av samvær. Styring av meklingsordningen, tiltak for å beskytte barn mot overgrep, fortreansvar etter dødsfall, tilbakeføring av barnebidrag mv.)

Dommer

Rt. 1964, s. 899

Rt. 1970 s.592

Rt. 1985 s. 1280

Rt. 1986 s.997

Rt. 1989. s.320

Rt. 1990 s.198

Rt. 1993 s.626

Rt. 1996 s. 427

Rt. 2000 s.1460